

DIANA CAROLINA MENESES ESCOBAR

MALFORMACIONES DEL FETO - DAÑO POR ERROR DE DIAGNÓSTICO

(Maestría en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual y
Extracontractual, Civil y del Estado 2017-2018)

BOGOTÁ

2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL, CIVIL Y DEL ESTADO

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hineirosa Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

**Director de Departamento de
Derecho Civil:** **Dr. Felipe Navia Arroyo**

Directora de tesis: **Dra. María Isabel Troncoso**

Presidente de tesis: **Dr. Felipe Navia Arroyo**

Examinadores: **Dra. Anabel Riaño Saad**

MALFORMACIONES DEL FETO - DAÑO POR ERROR DE DIAGNÓSTICO

A propósito del daño indemnizable, causado por error médico, cuando se impide conocer las malformaciones del feto y la consecuente pérdida de oportunidad de practicar un aborto.

Indemnifiable damage caused by medical error when parents are prevented from knowing about fetal malformations, and from having a timely choice of abortion

Diana Carolina Meneses Escobar*

* Maestría en responsabilidad contractual y extracontractual civil y del estado. 2017-2018, Artículo de investigación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los derechos a la libertad y dignidad humana de la mujer gestante en Colombia. 2.1. Inviabilidad del feto. 3. Obligaciones del médico en términos de diligencia e información con sus pacientes. 3.1. ¿Cuándo incurre el médico en una conducta negligente? 4. Los daños indemnizables causados a los padres por error médico que impide conocer las malformaciones del feto. 4.1. Daño indemnizable. 4.2. Daños patrimoniales. 4.2.1. Daño emergente. 4.2.2. Lucro cesante. 4.3. Daños extrapatrimoniales. 4.3.1. Daño moral. 4.3.2. Pérdida de la oportunidad 4.3.3. Daño a la vida de relación. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de responsabilidad médica ha sido definida por la doctrina como “la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión.”¹

Ahora bien, el médico al ser un operador de una ciencia inexacta, no hace posible asegurar los resultados buscados respecto del estado del paciente, es por ello que en caso de un resultado adverso, el área propia del arte de la medicina que compromete solamente una obligación de medios, lo que demanda un análisis juicioso y técnico en caso de un juicio de responsabilidad.²

Por ese motivo, la responsabilidad médica se determinará por una mala práctica médica, la cual se podría definir como una situación de impericia, negligencia o

¹ QURÓZ CUARÓN, Citado por ALFARO-VICTORIA Fernando. Conceptos jurídicos básicos. En: Revista Mexicana de Anestesiología. Opinión del Experto. Enero-Marzo 2012. Vol. (35) No. 1. p. 69

² MOMBLANC, Liuver y MOMBLANC, Yarisleydis. La responsabilidad penal médica. Tratamiento teórico-doctrinal. En: Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. 2018. No. 48.p. 653

indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que, sin embargo, era anticipable, representable y objetivamente previsible, donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias y es sancionada a título de delito.”³

La culpa en el contexto de la responsabilidad del médico ha sido definida por Julio César Meirelles Gomes como “el error médico”, del cual afirma:

“es el daño provocado en el paciente por la acción o inacción del médico, en el ejercicio de la profesión, y sin la intención de cometerlo. Hay tres posibilidades de suscitar el daño y alcanzar el error: imprudencia, impericia y negligencia. Esta, la negligencia, consiste en no hacer lo que debería ser hecho; la imprudencia consiste en hacer lo que no debería ser hecho y la impericia en hacer mal lo que debería hacerse bien. La conducta profesional inadecuada que supone una inobservancia técnica capaz de producir un daño a la vida o la salud de otros, caracterizada por impericia, imprudencia o negligencia...”, ⁴

Por lo anterior, el médico responderá por el resultado dañino frente al paciente, cuando este no utilice todos los medios e insumos pertinentes para lograr el resultado esperado; es decir, cuando no se logre demostrar que actuó con diligencia, prudencia y/o pericia.

³ RUIZ, Wilson. La responsabilidad médica en Colombia. *Criterio Jurídico*. 2004. Vol. (4). p. 200.

⁴ MEIRELLES, Julio; DE FREITAS, José y VELOSO Genival. Buenos Aires. Error Médico. Iniciación a la Bioética- Parte IV- Bioética Clínica, 1998. p. 2

Ahora bien, los diagnósticos prenatales permiten a los profesionales de la salud identificar la presencia de graves malformaciones del feto antes de nacer, lo que permite a los progenitores optar por el aborto. Sin embargo, el errado diagnóstico médico puede privar a los padres de optar por la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) cuando este era posible; por ende, el profesional de la salud se hallaría en incumplimiento de sus obligaciones.

Con el nacimiento de un niño con malformaciones, se podría afectar una serie de derechos, en cabeza de los progenitores, generando un daño que deberá ser indemnizado por el profesional que no cumplió sus deberes, al no suministrar un diagnóstico verídico, es decir, que inobservó sus deberes.

En un primer acercamiento hacia el tema, se logró evidenciar en Francia el caso de Nicolás Perruche⁵, en donde por graves errores de diagnóstico llevaron a una señora que estaba en gestación a no ejercer el derecho que le confiere la Ley Francesa de interrumpir el embarazo, ya que el diagnóstico correcto hubiera informado a los padres de las malformaciones que padecía el nasciturus por causa de una rubeola que el médico, además, conocía. Tras una larga historia judicial, el Tribunal Francés reconoció el derecho a una indemnización tanto para los esposos Perruche como para el niño Nicolás Perruche, representado legalmente por sus padres y quien demandaba la reparación por la discapacidad que padecía. Este caso generó división entre quienes defienden la decisión del tribunal francés y entre los que se oponen aduciendo que la vida es un derecho natural, argumentado en principios jurídicos y metajurídicos.

⁵ PEÑA, Lorenzo y AUSÍN Txetxu. Libertad de vivir. En: Isegoría. 2002. no. 98.

En Colombia, mediante sentencia de la Corte Constitucional, fue legalizado el aborto en los casos en donde el feto padece de malformaciones graves⁶; por lo tanto, el médico tiene la obligación de informar a la madre sobre la existencia de las malformaciones del feto, con el fin de que pueda ejercer su derecho al aborto. Cuando esto no ocurre, se podría afirmar, y es este el punto para analizar, que estamos frente a un perjuicio indemnizable, cuyo titular serían los padres.

No obstante, teniendo en cuenta que se trata de un tema que tiene aristas o dimensiones morales y religiosas importantes, que implican extensas discusiones de tipo subjetivo, nos centraremos únicamente en la causación de daños indemnizables para los padres del bebé. Es decir, que dejaremos de lado los aspectos religiosos y morales que, si bien son importantes, no son del resorte de la responsabilidad civil bajo una mirada objetiva.

En una primera instancia se abordará todo lo referente a los derechos a la libertad y dignidad humana de la mujer gestante en Colombia, tema relevante que se encuentra inmerso en el respeto por los derechos humanos, los cuales pueden verse vulnerados por los daños y perjuicios que puedan darse como consecuencia de posibles errores médicos.

A continuación, para abordar el tema y poder concluir en la identificación de los daños causados a los padres del bebé que nace con malformaciones, a causa del diagnóstico errado, se analizarán las obligaciones del médico en términos de diligencia e información con sus pacientes. Y, para finalizar, se tratará de dilucidar cuáles son los daños indemnizables padecidos por los padres, causados por el diagnóstico errado que impide conocer las malformaciones del feto, lo que conlleva a la pérdida de oportunidad de los padres a optar por el aborto.

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/06. [En línea]. 10 de mayo de 2006. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

La hipótesis de la existencia de daños antijurídicos que padecen los padres parte de la situación del nacimiento de un bebé con malformaciones; en esa medida conviene subrayar que la vida no será estudiada como un daño.

De acuerdo con lo anterior, en este documento se pretende demostrar la existencia de los daños causados a los padres, cuando, por error en el diagnóstico del médico, nace un bebé con malformaciones graves, sin que ellos hubiesen sido informados previamente de tal condición, causando la vulneración al derecho a optar por la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE).

2 LOS DERECHOS A LA LIBERTAD Y DIGNIDAD HUMANA DE LA MUJER GESTANTE EN COLOMBIA

El derecho a la libertad de la mujer gestante en Colombia es una garantía consagrada en la Constitución Política y en los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados en Colombia. En ese orden de ideas, cualquier medida para proteger la vida del *nasciturus* no puede significar atentar contra los derechos de la mujer gestante, ya que se debe respetar su derecho a la libertad y a la posibilidad que tiene la mujer para autodeterminarse y configurar su propia dignidad, según el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La mujer gestante tiene pleno derecho de decidir respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, cuando el feto presente malformaciones que hagan inviable su vida y su prohibición conlleva a una trasgresión de las obligaciones del Estado Colombiano frente a las normas del derecho internacional⁷.

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-388/09 [En línea]. 17 de octubre de 2018. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece como garantía del derecho a la salud, gozar del “más alto nivel posible de salud física y mental”, motivo por el cual la protección del derecho a la salud física de la mujer gestante extiende su amparo en “aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental”, ya que el embarazo puede provocar “una situación de angustia severa o, incluso, graves alteraciones psíquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.”⁸

Asimismo, el derecho a la dignidad humana de la madre gestante cobra especial relevancia cuando el hecho de dar vida a un nuevo ser le afecte profundamente⁹, ya que obligar a la madre a llevar a término el embarazo implicaría del mismo modo “someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana.

Desde esta perspectiva, resaltó la Corte cómo “una intromisión estatal de tal magnitud en [el] libre desarrollo de la personalidad [de la mujer] y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y, en esa medida, resultaría manifiestamente desproporcionada e irrazonable.” Encontró la Corte que el respeto por la dignidad humana de la mujer excluía por entero el que pudiese considerarse a la mujer como “mero receptáculo”, motivo por el cual insistió la corporación, en que la exteriorización libre y autónoma del consentimiento de la mujer colocada en una situación tal, cobraba especial relevancia por encontrarse la

⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-388/09 [En línea]. 17 de octubre de 2018. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>

⁹ (“La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos” (Sentencia cc.-355 de 2006)

mujer ante un hecho impuesto y no voluntario de inmensa trascendencia para su vida y para su realización personal, en todos los sentidos¹⁰.

La problemática central de este artículo parte de reconocer que los derechos de libertad y dignidad humana de la madre gestante son derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia, los cuales deben estar regulados en armonía con los convenios internacionales de derechos humanos ratificados en Colombia de conformidad con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución¹¹ razón por la cual estas normas hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Este es uno de los argumentos que se esbozaron ampliamente en el año 2006, cuando fue aprobada en Colombia la despenalización del aborto. Allí el país dio un paso importante al conferir al aborto un estatus de derecho.

La sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 2006 es hasta el momento la única referencia “normativa” sobre el debate académico y jurídico sobre el aborto, que sigue en espera de una evolución hacia al régimen que tienen hoy los países europeos que otorgan libertad a la mujer para disponer de su cuerpo y de aquel que está por nacer en sus entrañas en un plazo determinado de la gestación. Es así que en Colombia en lo relacionado con el enfrentamiento de los derechos, el debate está en el punto de considerar que “el derecho a la vida ya no está por encima de los demás bienes jurídicos reconocidos a todo ser humano”¹².

¹⁰ [sentencia 388 de 2009 Cobra así sentido la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a término el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.]”

¹¹ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. 1991 Bogotá D.C.

¹² *Ibíd.*, p. 3.

En síntesis, la sentencia C-355 de 2006 otorgó a la madre gestante la posibilidad de interrumpir el embarazo cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida.

Así, el deber del Estado de proteger la vida del *nasciturus* tiene una dimensión diferente cuando se constata que este padece de malformaciones que comprometen la viabilidad de su vida, en este caso los derechos de la mujer de libertad, de autodeterminación, de dignidad y desarrollo libre de la personalidad prevalecerán. Entre estos, se encuentran el derecho a no ser discriminada, a gozar de modo pleno de sus derechos en materia de salud sexual y reproductiva, derecho a decidir libre¹³ de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo.

No obstante, la libertad de la mujer gestante, como la de cualquier persona, no puede ser coartada por el Estado, las instituciones u otras personas¹⁴, lo cual quedó ratificado desde la sentencia C355/06. Por lo tanto, en Colombia la mujer gestante puede tomar decisiones bajo su libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad

¹³ Todas las mujeres deben contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como en el Decreto 4444 de diciembre 13 de 2006 “Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-388/09. [En línea]. 28 de mayo de 2009. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm>

¹⁴ WOMEN'S LINK WORLDWIDE. Manual constitucional para la práctica de IVE. Lineamientos constitucionales para el ejercicio del derecho al aborto en Colombia. [En línea]. 2009. p. 10. Disponible en: [http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Lineamientos%20constitucionales%20Womens%20Link%20Worldwide%20\(2009\)%20Manual%20Constitucional%20IVE%20Colombia.pdf](http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Lineamientos%20constitucionales%20Womens%20Link%20Worldwide%20(2009)%20Manual%20Constitucional%20IVE%20Colombia.pdf)

de conciencia. Para ello, es importante lo establecido por la sentencia T-841 de 2011 en donde se considera el derecho al diagnóstico, en los términos de “exigir la realización de todos los exámenes y consultas necesarias para hacer un diagnóstico oportuno, completo y de calidad”¹⁵. El acceso a información de calidad es el punto de partida para acceder a la IVE, ya que la sentencia C-355/06 es clara en despenalizar el aborto bajo tres supuestos, en donde la certificación médica, en cada caso, es indispensable para poder acceder al procedimiento de la IVE.

En el marco de las observaciones antes descritas, el uso del derecho de la libertad ejecutado por una madre gestante, está íntimamente ligado a la emisión de criterios médicos oportunos, completos y precisos. De lo contrario, existe la posibilidad de impedir que la mujer gestante haga uso de su libertad para exigir la IVE o, por el contrario, que decida interrumpir la gestación de un feto completamente sano. Cuando esto ocurre y la mujer gestante no obtiene la información clara y precisa de un diagnóstico realizado correctamente, su libertad se ve afectada por la falta del médico.

En este sentido, la Corte Constitucional también se pronunció, mediante sentencia unificadora SU-096 de 2018, al afirmar que se incurre en una vulneración al derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer, cuando se obstaculiza por cualquier medio que esta recurra a la IVE¹⁶.

Por otro lado, el derecho a la dignidad humana de la madre gestante cobra especial relevancia cuando el hecho de dar vida a un nuevo ser le afecte profundamente, lo

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-841/11. [En línea]. 3 de noviembre de 2011. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-841-11.htm>

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU096/18. [En línea]. 17 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>

cual se ha consagrado dentro de la sentencia C-355 de 2006 en los siguientes términos, “la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relevancia ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.”¹⁷ Es decir, obligar a la madre a llevar a término el embarazo implicaría del mismo modo “someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana”¹⁸. En este sentido, la defensa de la dignidad de las mujeres gestantes resulta como una respuesta acertada al artículo primero de la Constitución Política, en donde la existencia de las entidades del Estado se fundamenta en el respeto de la dignidad humana¹⁹.

El salvaguardar la salud y proteger el proyecto de vida de una mujer gestante toma especial trascendencia, pues todo el proyecto de vida de una mujer puede verse amenazado al optar o no por la IVE, con lo cual es la dignidad misma como ser humano la que se viola²⁰. Esto último iría en contra del artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos²¹. Asimismo, es necesario proteger la

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/06. Op. cit.

¹⁸ COOK, Rebecca, ERDMAN, Joanna y DICKENS, Bernard. El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2016.

¹⁹ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Op. cit., p. 13

²⁰ GONZÁLEZ, Ana y CASTRO, Laura. Op. cit., p. 7.

²¹ “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia”. NACIONES UNIDAS. La Declaración Universal de Derechos Humanos. [En línea]. 10 de diciembre de 1948. París: Asamblea General de las Naciones Unidas. p. 1. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

naturaleza humana de la mujer gestante, lo que está lejos de cosificarla, o sencillamente instrumentalizarla²².

Desde esta perspectiva, resaltó la Corte que “una intromisión estatal de tal magnitud en [el] libre desarrollo de la personalidad [de la mujer] y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y, en esa medida, resultaría manifiestamente desproporcionada e irrazonable”²³.

Encontró la Corte que el respeto por la dignidad humana de la mujer excluía por entero el que pudiese considerarse a la mujer como “mero receptáculo”, motivo por el cual, insistió la Corporación en que la exteriorización libre y autónoma del consentimiento de la mujer colocada en una situación tal, cobraba especial relevancia por encontrarse la mujer ante un hecho impuesto y no voluntario de inmensa trascendencia para su vida y para su realización personal, en todos los sentidos²⁴.

En consecuencia, debe concluirse que la lesión de uno o varios de dichos derechos fundamentales, se materializa cuando los progenitores deben asumir un plan de vida que no hubieran elegido libremente al obligarlos a hacerse cargo de un bebé con malformaciones, que más allá de los cambios que debe hacer una mujer que se convierte en madre, la obliga a asumir a un ser que no es viable de forma autónoma, que no podrá llevar una vida “normal” puesto que sus limitaciones físicas

²² SÁNCHEZ, Reyna. Convencionalidad del derecho de autodeterminación reproductiva de la mujer en el Estado mexicano. En: Nueva Época. Abril – Septiembre. 2015. Año. 9, no. 38, p. 131.

²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/06. Op. cit.

²⁴ “Cobra así sentido la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a término el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.” COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-388/09. Op. cit.

demandan una asistencia permanente, incluso para un gesto tan simple como levantarse o ir al baño, puesto que jamás será autónomo e independiente y demandará más cuidados que un bebé normal.

2.1 INVIABILIDAD DEL FETO

En la actualidad la inviabilidad sugiere la imposibilidad del feto para tener una vida independiente fuera del útero materno²⁵, o este se encuentre en inminente peligro²⁶ en la gestación a término, alterando gravemente la forma humana, o que supongan alteraciones psíquicas con una alta presunción de incapacidad para una organización cognitiva adecuada²⁷.

Por ello, CORREA CASANOVA²⁸ propone distinguir entre dos sentidos de la inviabilidad fetal: uno restringido y otro amplio. En sentido *restringido* podemos considerar aquellos casos, como la anencefalia, en que tenemos certeza científica (o sea, médicamente confirmada por el diagnóstico prenatal) de que el feto no tiene ninguna expectativa de vida *ex útero*. Por su parte, en sentido *amplio*, podemos entender aquellos casos en que el feto padece una patología grave e incurable que

²⁵ CORREA CASANOVA, Mauricio. "La moralidad de la interrupción del embarazo". Chile. Pontificio Seminario Mayor San Rafael, 2014. p. 120.

²⁶ MARTINEZ RODRIGUEZ, LEDY SOLANGE. El aborto: entre el derecho de la mujer y su tipificación como delito. Monografía para optar por el título de Abogado. Universidad Cooperativa de Colombia. Facultad de derecho, 2014. 91 p.

²⁷ ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS ACREDITADAS PARA LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO. Viabilidad fetal y malformaciones fetales después de la semana 22 de gestación. Asturias. 2009. Disponible en: <https://www.acaive.com/pdf/Viabilidad%20Fetal%20y%20Malformaciones%20mas%20de%2022%20semanas.pdf>

²⁸ *Ibíd.*, p. 120.

hace prever una corta expectativa de vida, tal como sucede, por ejemplo, con la hidrocefalia grave y progresiva.

En concordancia con lo anterior, la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), a través de su Comisión de Bioética, ha efectuado diferentes conceptos de anomalía fetal incompatible con la vida, como son²⁹:

- *Anomalías fetales incompatibles con la vida*: se entiende por tales “aquellas anomalías que previsiblemente/habitualmente se asocian con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor”.
- *Enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico*: se entiende por tal “aquellas situaciones con una alta probabilidad de mortalidad durante el período fetal o tras el nacimiento y/o que previsiblemente se asocien con un tiempo de supervivencia corto y/o con un desarrollo neurológico profundamente deficiente y/o con una probabilidad de dependencia extrema y persistente para el desarrollo de su vida posnatal”.

Es por lo anterior que la inviabilidad del feto se presenta cuando se evidencia una anomalía fetal grave, y para determinarlo se deberán hacer varios estudios ecográficos con el fin de obtener un diagnóstico médico certero.

3. OBLIGACIONES DEL MÉDICO EN TÉRMINOS DE DILIGENCIA E INFORMACIÓN CON SUS PACIENTES

²⁹ Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. Declaración de la Comisión de Bioética de la SEGO sobre la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Madrid: SEGO, 2010.

La obligación del médico en términos de diligencia es entendida como que él mismo se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico, su diligencia y cuidado personal, para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo.³⁰

En cuanto a la obligación de información que el médico presenta al paciente, GUZMÁN Fernando, *et al.*³¹ menciona que esta debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo, pues la información es un derecho esencial del paciente, sobre la cual él procederá a tomar una decisión sobre su tratamiento médico. En el caso de que el médico presente una explicación errónea, falsa o malintencionada, está no solo faltando a un principio ético, sino que además está vulnerando la libertad de decisión del paciente.

Las obligaciones anteriormente referidas se dan desde el momento en el que se establece la relación médico – paciente, la cual ha cambiado a través de la historia hasta llegar a nuestros días.

Si bien en los inicios de la profesión de la medicina se le atribuía al médico una confianza irrefutable, equiparándolo al nivel del sacerdote, en donde sus diagnósticos eran aceptados con una fe ciega, y según lo expresa Ghersi³² la relación era una situación de confianza en términos subjetivos, donde el paciente se sometía y aceptaba totalmente la voluntad del profesional, llegando hasta un

³⁰ GUZMÁN, Fernando; FRANCO, Eduardo; MORALES, María y MENDOZA, Juan. El acto médico Implicaciones éticas y legales. En: Acta Médica Colombiana. Vol. 19. mayo -junio 1994. no. 3, p. 139-149.

³¹ *Ibíd.* p. 145.

³² GHERSI, Carlos. Bogotá. La relación médico-paciente en la responsabilidad civil. 1998. p. 15.

nivel de sumisión, dejando que se hiciera en su cuerpo lo que el médico estimara y sin tener la posibilidad libre de decidir si se acogía o no al tratamiento o intervención que le fuera definido. Ahora bien, esto tenía un atenuante, y era que “el resultado inalcanzado en determinados supuestos, era simplemente calificado como el desenlace inevitable y entonces no había distinción entre el verdadero supuesto de incurabilidad o aquellos de la mala praxis”³³.

Un punto importante en la historia que marcó un cambio de paradigma con respecto a esta relación médico-paciente, se da al finalizar la segunda guerra mundial, en donde se empieza a hablar de los derechos de las personas, habiendo visto las atrocidades que se cometieron y las vejaciones a que fueron sometidos los prisioneros por parte de los médicos alemanes. Esto lleva a que se dé un rápido avance hacia lo que denomina Ghersi³⁴ los derechos personalísimos, como son el de poder disponer de su propio cuerpo, su libertad personal, decidir sobre su vida, etc.

A partir de este punto, con el cuestionamiento social de por medio, con los avances en los medios masivos de difusión que permitían un acceso al menos en parte a los avances de la medicina, y con la promoción de los derechos de las personas, la relación médico-paciente cambia. “La expectativa de conducta se relativiza: ya no hay conocimiento de excelencia, no hay dedicación médica, ni fe ciega, hay simplemente una prestación económica de salud –un caracterizado contrato de servicio- donde las decisiones comienzan a querer compartirse o por lo menos hay un intento”³⁵.

³³ *Ibíd.*, p. 15.

³⁴ *Ibíd.*, p. 19.

³⁵ *Ibíd.*, p. 21.

Es en esta nueva relación en donde aparecen dos derechos fundamentales para el paciente: la información y la decisión³⁶, los cuales entran a jugar un papel principal en la nueva relación médico-paciente.

Según la legislación colombiana, Ley 23 de 1981³⁷, por la cual se establecen normas en materia de ética médica, en sus principios establece que la relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica, y para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico.

La misma ley en su artículo 5, estipula los casos en los cuales se genera una relación médico-paciente:

1. Por la decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.
3. Por solicitud de terceras personas.
4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

Una vez establecida la relación médico – paciente, se da por originado el acto médico y es importante tener claridad, saber qué es y cómo se origina el mismo. Siendo acorde con ello y según lo plasma GUZMÁN, Fernando, *et al.*³⁸, el acto médico es donde se concreta la relación médico – paciente y, es como tal, una forma de relación especial entre personas, en donde una de ellas, el enfermo, acude a la

³⁶ KATS, Jorge y MUÑOZ Alberto. Organizaciones del sector salud: puja distributiva y equidad. Citado por GHERSI, Carlos. Bogotá. La relación médico-paciente en la responsabilidad civil. 1998. p. 21.

³⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 23 (18, febrero, 1981). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Diario Oficial. Bogotá, 1981. no. 35711

³⁸ GUZMÁN, Fernando; FRANCO, Eduardo; MORALES, María y MENDOZA, Juan. El acto médico Implicaciones éticas y legales. En: Acta Médica Colombiana. Vol. 19. mayo -junio 1994. no. 3, p. 139-149.

otra, motivada por una alteración en su salud, para que el médico, que está facultado para hacerlo, lo oriente y lo sane. El acto médico tiene por finalidad promover la salud, prevenir o, en su caso, curar la enfermedad y rehabilitar al paciente.

Por su parte el Código de Deontología Médica, en su artículo 7.1, amplía esta definición: Se entiende por acto médico toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos.³⁹

El acto médico en sí, posee unas características que lo identifican de manera clara, y son principalmente cuatro:

- La profesionalidad: pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico.
- La ejecución típica: es decir conforme a la denominada "*Lex Artis ad Hoc*", sujeta a las normas de excelencia de ese momento.
- Objetivo definido: el tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo.
- La licitud: es decir su concordancia con las normas legales.⁴⁰

En cuanto a su tipificación, los actos médicos se clasifican en tres, los cuales son relacionados por GUZMAN, Fernando, *et al*⁴¹. Así:

³⁹ ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL DE ESPAÑA. CÓDIGO DEONTOLÓGICO. 9 de julio de 2011. p. 17

⁴⁰ GUZMÁN. Op. Cit, p. 139

⁴¹ *Ibíd.* p. 139

1. Acto médico directo: son aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo: Pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.
2. Acto médico documental: son aquellos que sirven como pruebas documentales en la relación médico – paciente. En este grupo se incluyen el certificado médico, la receta o fórmula médica y la historia clínica, y
3. Acto médico y acto jurídico: Cuando el doctor utiliza técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto, contiene implicaciones en la Ley, pues del acto médico se pueden generar consecuencias jurídicas para el profesional y para el paciente, ya que el médico deberá preservar los derechos del paciente.

Es importante resaltar que en el acto médico, el médico se compromete a preservar, defender y recuperar los derechos de los pacientes. “Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal”.⁴²

En concordancia con lo anterior, la Asociación Médica Mundial adoptó en 1981 en su asamblea médica mundial, y reafirmó en 2015 en su 200ª sesión de su consejo la Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente⁴³, los cuales se relacionan de manera general a continuación:

1. Derecho a la atención médica de buena calidad.
2. Derecho a la libertad de elección (cambio de médico, hospital, solicitar otro concepto médico)
3. Derecho a la autodeterminación.

⁴² *Ibíd.* p. 140.

⁴³ ASOCIACIÓN MEDICA MUNDIAL. Declaración de Lisboa de la AMM sobre los derechos del paciente. Lisboa. 1981. Disponible en: <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-lisboa-de-la-amm-sobre-los-derechos-del-paciente/>

4. Paciente inconsciente (debe tener un representante legal o en todo sentido el médico está en la obligación de hacer lo posible por preservar la vida)
5. Paciente legalmente incapacitado (contará con un representante legal, pero en caso de que pueda tomar decisiones racionales podrá hacerlo)
6. Procedimientos contra voluntad del paciente (solo si la ley lo permite y teniendo en cuenta la ética médica)
7. Derecho a la información.
8. Derecho al secreto.
9. Derecho a la educación sobre la salud.
10. Derecho a la dignidad.
11. Derecho a la asistencia religiosa.

Ahora bien, desde el punto de vista de los profesionales de la salud, es necesario identificar los derechos que los acompañan y protegen para que puedan desarrollar a cabalidad su labor. Sergio Yepes⁴⁴ toma como referencia lo contemplado en el Código de Ética (Ley 23 de 1981) y los condensa así: ejercer la profesión una vez cumplidos los requisitos legales, recibir un trato digno por parte de los pacientes y sus familiares, abstenerse de prestar servicios en casos que no sean de urgencia y en casos específicos contemplados en la ley, recibir remuneración por su trabajo, intervenir sin autorización en casos de urgencia, solicitar junta médica, propiedad intelectual sobre sus trabajos, al buen nombre y honra, al debido proceso y a la defensa.

Sin embargo, aparte de ser protegidos por los derechos anteriormente mencionados, también existen unas obligaciones y deberes que deben observar estos profesionales. Según lo estipulado por algunos tratadistas, y plasmado por

⁴⁴ YEPES, Sergio. Medellín: La responsabilidad civil médica. 1993. Biblioteca Jurídica Dike.

Guzmán, et al⁴⁵. Las obligaciones del médico son, con algunas variaciones el secreto profesional, información adecuada y posterior consentimiento, obligación de conocimiento, obligación de diligencia y técnica, continuidad en el tratamiento, asistencia, consejo y certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado.

Profundizando en el deber de suministrar la información adecuada, la cual es un derecho fundamental del paciente para poner en ejercicio su libertad, de presentarla errada, incompleta o no presentarla, el médico incurrirá en una falta a la ética y vulnerará la libertad de decisión del paciente.

La información que el médico debe brindarle a sus pacientes debe ser verdadera, clara y completa. Como lo estipula Ghersi⁴⁶, se debe tener en cuenta el nivel cultural del paciente y de sus familiares, y de acuerdo con esas circunstancias, no suministrar información técnico científica, sino simplemente el conocimiento de su situación, las alternativas de tratamiento y los riesgos a los que se expone, lo que permitirá al paciente tomar una decisión teniendo claridad de la situación.

Una premisa fundamental en este sentido es que el médico debe “decirle la verdad a su cliente, no crearle falsas expectativas, ni magnificar sus problemas o patologías ni garantizarle el buen resultado de su gestión profesional”⁴⁷

Es por tanto indispensable que el paciente sea informado con plena claridad de aquellos riesgos o secuelas que puedan originarse con la intervención médica, y así

⁴⁵ GUZMÁN, Fernando; FRANCO, Eduardo; MORALES, María y MENDOZA, Juan. El acto médico Implicaciones éticas y legales. En: Acta Médica Colombiana. Vol. 19. mayo -junio 1994. no. 3, p. 139-149.

⁴⁶ GHERSI, Carlos. Bogotá. La relación médico-paciente en la responsabilidad civil. 1998. p. 21.

⁴⁷ GHERSI, Carlos. Medellín. Responsabilidad por prestación médico asistencial. 1993. p. 71.

pueda dar su consentimiento, pues es este consentimiento el que valida las posibles consecuencias graves que pudieran llegarse a presentar.

En el escenario en el que el médico no informe a los padres sobre las enfermedades con las que nacerá el feto, según lo mencionan en su trabajo Viviana Cubides y Juliana Díaz del Castillo ⁴⁸ deberán tenerse en cuenta todos los elementos que tuvo el médico especialista en consideración al momento de emitir el diagnóstico, antes de entrar a establecer la culpa, pues pueden presentarse diagnósticos equivocados por circunstancias como:

- El estado de la ciencia médica: que no se cuente aún con la tecnología y los instrumentos para identificar la enfermedad.
- Identificación del agente responsable: el médico ordena diligentemente los exámenes, pero estos arrojan un resultado equivocado.
- Deber del paciente de suministrar al médico información relevante: el paciente oculta información clave que puede afectar el desarrollo del embarazo lo que impide al médico tomar la decisión de llevar a cabo otros procedimientos.

En aras de lo anterior, el médico debe colocar la máxima diligencia y utilizar todas sus habilidades en la atención a sus pacientes. El médico debe ser claro de propósitos, definitivo en el juicio, decisivo en la autoridad y autoritario con su propia vida, lo que implica actuar con el mayor grado de responsabilidad y compasión humana. Asimismo, debe ser experto en el manejo de herramientas, equipos y maquinas correspondientes⁴⁹ y, en este sentido, es su responsabilidad mantener

⁴⁸ CUBIDES, Viviana; DIAZ DEL CASTILLO, Juliana. La acción de wrongful birth: desarrollo y alcance en el derecho comparado e implicaciones de su aplicación en Colombia. Tesis de grado en Derecho. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas, 2009. 56 p.

⁴⁹ STARR, Paul. New York: The social transformation of american medicine. 1983. Citado por GUZMÁN, Fernando; FRANCO, Eduardo; MORALES, María y MENDOZA, Juan. El acto médico

actualizado en lo que se refiere a avances tecnológicos y en el manejo de instrumentos, técnicas y equipos de última generación.

3.1 ¿Cuándo incurre el médico en una conducta negligente?

Según Francisco Carro⁵⁰ el médico actúa negligentemente si durante el desempeño de su labor no proporciona los medios y cuidados correctos, de acuerdo con el estado de la ciencia, siendo así responsable por los daños que produzca, obligando entonces a revisar su conducta a la luz de la *lex artis*, para ver si la misma se ha ajustado a la diligencia exigida al profesional médico medio.

Para el caso puntual del tema que ocupa este documento, el médico incurre en una conducta negligente cuando no ha empleado la diligencia exigible en la detección y comunicación de las enfermedades o malformaciones con las que pudiera nacer el feto, empleando la *lex artis*, es decir, cuando no haya realizado todas las pruebas de diagnóstico tendientes a comprobar el estado actual del feto, o habiéndolas realizado, interpretó erradamente el resultado, cuando no informó adecuadamente a los padres del estado de salud del feto o cuando oculte información del diagnóstico.

Estas conductas inducen al profesional a incurrir en el error médico, el cual se define como “el daño provocado en el paciente por la acción o inacción del médico, en el ejercicio de la profesión, y sin la intención de cometerlo. Hay tres posibilidades de suscitar el daño y alcanzar el error: imprudencia, impericia y negligencia. La

Implicaciones éticas y legales. En: Acta Médica Colombiana. Vol. 19. mayo -junio 1994. no. 3, p. 139-149.

⁵⁰ CARRO GONZÁLEZ, Francisco. Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria. Tesis Doctoral en Derecho. Universidad de la Coruña, Departamento de Derecho Privado 2013. 260 p.

negligencia consiste en no hacer lo que debería ser hecho; la imprudencia radica en hacer lo que no debería ser hecho y la impericia en hacer mal lo que debería hacerse bien”⁵¹.

Para el presente análisis, el error médico se comete cuando el galeno omite o no cumple con el deber de informar a la madre acerca de las malformaciones del feto, las cuales de ser conocidas a tiempo permiten a la madre optar por el aborto. Este hecho de omitir o de retrasar deliberadamente la información es grave, pues cada día que pasa el feto en el vientre de la madre dificulta aún más la decisión de abortar o no.

Consecuentemente, el incumplimiento por parte del médico de sus obligaciones en términos de diligencia e información, conlleva al quebrantamiento de los derechos fundamentales de la madre. Primero, al no ser diligente en el desarrollo de su labor y, posteriormente, al omitir su deber de informar con claridad a la madre sobre su situación, privándola en su momento de hacer uso de la facultad legal de abortar.

4. LOS DAÑOS INDEMNIZABLES CAUSADOS A LOS PADRES POR ERROR MÉDICO, QUE IMPIDE CONOCER LAS MALFORMACIONES DEL FETO

Para abordar el presente apartado es importante reafirmar que la idea no es recurrir a la indemnización de perjuicios causados por el hecho de la vida misma, sino que se articula al resarcimiento del daño que, como consecuencia del error médico, se genera para los padres, al ser privados de conocer oportunamente de las anomalías, malformaciones o enfermedades congénitas del hijo que esperaban que

⁵¹ MEIRELLES, Julio; DE FREITAS, José y VELOSO Genival. Buenos Aires. Error Médico. Iniciación a la Bioética- Parte IV- Bioética Clínica, 2002. (Extracto traducido en 2005 por Dr. Antonio L. Turnes. p. 2.)

naciera sano. Privación que les impide optar por la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo.⁵²

Desde el punto de vista jurídico, el daño “es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial... es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”⁵³. También puede entenderse el daño como un detrimento que se le ocasiona a una persona en sus bienes y/o sus sentimientos; como consecuencia de una actuación dolosa o negligente de otra persona, o por una causa extraña no imputable a una persona específicamente, como cuando se da por caso fortuito o fuerza mayor.⁵⁴

El daño es la fuente de la obligación indemnizatoria, lo que ha llevado a que la Sala de Casación Civil lo defina como “la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso un valor tutelado por el ordenamiento jurídico”⁵⁵.

En la doctrina, el profesor Jorge Santos Ballesteros, define el daño como “la alteración o modificación de una situación favorable (que) en lo fundamental se configura como la lesión que un sujeto sufre en un interés jurídicamente protegido por la ley,”⁵⁶ en donde dicho interés puede recaer sobre bienes patrimoniales o no patrimoniales.

⁵² HUNTER, Martha y VEGA, Zully. Wrongful Birth: ¿un daño resarcible en el ordenamiento jurídico colombiano? En: Precedente. Revista Jurídica. 2019. No. 14. p. 47

⁵³ TAMAYO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II. 2007. Legis.

⁵⁴ JARAMILLO, Esteban y ZAKZUK, Ana. Bogotá. Los daños extrapatrimoniales en el derecho civil colombiano. 2009. Trabajo de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. p. 9.

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas.

⁵⁶ SANTOS, Jorge. Bogotá. Responsabilidad Civil. Tomo I. Ed. Temis. Pontificia Universidad Javeriana. 2008.

El doctor Juan Carlos Henao, en su tesis, define el daño como “toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos”.⁵⁷

Por lo tanto, desde lo jurídico, el vocablo daño “es apto para designar todo menoscabo patrimonial, e incluso no patrimonial” que sufre una persona y este “puede asumir distintos contenidos (...) pero en todo caso su denominador es común: menoscabo o pérdida”⁵⁸

En el tema objeto de esta investigación, Hunter y Vega, plantean que en el caso de la legislación colombiana, ante las fallas de información a los padres sobre el estado de salud del *nasciturus*, podrían configurarse dos clases de daños: el primero la lesión al derecho a la interrupción voluntaria de embarazo, cuando la malformación congénita del feto es grave (teniendo en cuenta que LETAL significa que causa o puede causar la muerte y las malformaciones de las que hablamos aquí no son necesariamente letales se trata de malformaciones que si bien permiten la vida del bebé no le permitirán autonomía ni una vida normal); y segundo, la lesión al derecho

⁵⁷ HENAO, Juan Carlos. Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français. Tesis doctoral. Universidad de París - Panthéon-Assas. 2007. p.133 de la versión traducida. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/277/1/GDA-spa-2007-Le_dommage_%3A_analyse_à_partir_de_la_responsabilité_civile_extracontractuelle_de_l%27Etat_en_droit_colombien_et_endroit_français.pdf.

⁵⁸ ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires, Argentina. Ed. Astrea. 2005. p. 49

a la información en materia reproductiva, cuando la malformación congénita del feto no impide el desarrollo vital⁵⁹

4.1 Daño indemnizable

El daño es entonces el elemento principal, que, de ser probada su ocurrencia, genera para el agente dañador una obligación indemnizatoria. El artículo 2341 del Código Civil Colombiano consagra que “el que ha cometido un delito o una culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido”.

En concordancia con todo lo anterior, Rodrigo Bercovitz en el Manual de Derecho Civil dice que “...el daño debe entenderse como toda lesión o menoscabo que sufre una persona en su cuerpo, mente, bienes y derechos de cualquier clase, sean patrimoniales o no. Pero esto no quiere decir que todo daño sea indemnizable. Para que los daños sean indemnizables es necesario:

- a) Que el daño sea jurídicamente relevante.
- b) El daño ha de afectar a un interés jurídicamente protegido, es decir, ha de lesionar algo tutelado por el ordenamiento jurídico.
- c) El daño ha de ser injusto.
- d) El daño ha de ser imputable a un tercero...”⁶⁰

En el marco del presente artículo, el daño indemnizable causado por error médico, al no dar a conocer a los padres las malformaciones del feto, consiste en la violación al derecho de información, al derecho a la autodeterminación, libertad y dignidad

⁵⁹ HUNTER y VEGA. Op. cit. p. 56

⁶⁰ BERCOVITZ, Rodrigo. Manual de Derecho Civil. Madrid. Editorial Bercal. 2017

humana, bajo el amparo de la ley que permite optar por el aborto en esas circunstancias especiales.

Ahora bien, es necesario tener claridad acerca de la clasificación de los daños, al hablar de patrimoniales y extrapatrimoniales, y con ello poder identificar cuáles aplican para el caso del presente estudio.

4.2 Daños patrimoniales

Son los conocidos como daños materiales o económicos y, los cuales, por su misma naturaleza, son objeto de cuantificación y valoración, generalmente representada en dinero.⁶¹ Estos daños se encuentran clasificados en el artículo 1614 del Código Civil⁶² en dos categorías: daño emergente y lucro cesante. De Cupis manifiesta que “el daño emergente puede ser tanto presente como futuro. Lo mismo sucede con el lucro cesante, el cual siempre tiene la condición de futuro respecto al momento en que se ha producido (en cuanto a su objeto es un interés todavía futuro). Por lo tanto, el lucro cesante puede ser presente o futuro relacionado con el instante en que se produce el juicio”⁶³.

La indemnización de este tipo de daños, por lo tanto, buscará remediar el detrimento económico que ha sufrido la víctima; en este caso, resarcir el menoscabo patrimonial sufrido por los padres del bebé nacido con malformaciones graves. A

⁶¹ JARAMILLO y ZAKZUK. Op. cit. p. 12

⁶² Art. 1614: “Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

⁶³ DE CUPIS. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Citado por: HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007. p.198

continuación, se profundizará en las dos categorías de daño patrimonial: el daño emergente y el lucro cesante.

La indemnización correspondiente al daño patrimonial tiene como finalidad reparar a los padres por los daños ocasionados como consecuencia de la violación a su derecho de información, como consecuencia de un error médico, privándolos de la oportunidad de optar por el aborto, lo que conllevó al nacimiento de un niño con malformaciones.

Los daños patrimoniales que se deberán indemnizar corresponderán a todos daños que se generen de la discapacidad, ya sean médicos, de asistencia o durante su vida, los cuales serán concedidos a título de daño emergente, como también el lucro cesante, en el evento en que los padres, o alguno de ellos, requiera abandonar su trabajo para dedicarse al cuidado de su hijo.

En conclusión, se deberá indemnizar a título de daño patrimonial, daño emergente o lucro cesante, por todos los costos en que han incurrido en la adaptación a una nueva situación social, familiar y económica, por el hecho imprevisto del nacimiento de un niño con malformaciones.

El juez deberá solicitar y valorar todas las pruebas tendientes a determinar los gastos ordinarios y extraordinarios, pasados y futuros, para indemnizar de manera integral a los padres por los gastos que supone el menor en situación de discapacidad.

4.2.1 Daño emergente

Esta clase de daño hace referencia a la “disminución del patrimonio, sea como consecuencia de un desfallecimiento contractual o de un hecho delictual dañino”⁶⁴. También podría indicarse que es aquel que “se refiere al coste de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del daño, (...) gastos ocasionados o que se vayan a ocasionar.”⁶⁵

Esto último es clave, pues el daño emergente no se refiere únicamente a los perjuicios que se hayan consolidado en el momento de la sentencia, sino también a daños emergentes futuros, como el caso de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos que solo sea posible realizarlos en el transcurso del tiempo, y los cuales implicarán para la víctima erogaciones que afectarán su patrimonio con tal de recuperar su salud.

Como se observa, el daño emergente será todo gasto que tenga una relación de causalidad con el hecho y el daño ya sea pasado o futuro.

En el evento en que el niño sobreviva, se considerarán como daño emergente todos los gastos en los que deban incurrir sus padres para la protección y garantía de sus derechos como ser humano. Como son todos gastos originados en tratamientos médicos y hospitalarios, “el reembolso de los gastos médicos y farmacéuticos no plantea dificultad alguna si el demandante los justifica”⁶⁶, y tendrá derecho al “reembolso de los gastos ocasionados por las curaciones y tratamientos a los que debió someterse”⁶⁷. En ese orden de ideas, todos los tratamientos médicos y hospitalarios deberán ser indemnizados, tanto los que se hayan consolidado como

⁶⁴ LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Traducido por Javier Tamayo. Bogotá, Colombia. Legis. 2006.

⁶⁵ REGLERO, Fernando y otros. Tratado de responsabilidad civil. Parte general I. Edit. Aranzadi SA. 2014.

⁶⁶ HENAO. Op. cit., p. 201, cita 26.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 201, cita 27.

los que no se hayan consolidado al momento de la sentencia, puesto que el juez deberá tener en cuenta “el valor de los gastos médicos que se han realizado y se deben realizar”⁶⁸, así como “los pagos realizados a terceros con ocasión de la atención del posparto”⁶⁹, los costos de los tratamientos especiales que requiera el niño, los costos de un nutricionista en el evento de necesitar alimentación especial, los gastos que se originen del transporte para asistir a controles médicos, terapias y citas médicas.

De igual manera, la vida de la madre o del mismo niño pueden verse comprometidas durante el parto o en días posteriores como consecuencia de las complicaciones durante el trabajo de parto, lo que conllevará a determinar si se solicita al juez la indemnización del daño emergente con ocasión de todo gasto ocasionado por la muerte como, por ejemplo, las intervenciones quirúrgicas y gastos hospitalarios antes de la muerte. En el evento de que muera la madre, se deberá contratar una persona para que atienda a los hijos del padre sobreviviente, como también se podrán indemnizar los gastos ocasionados en el funeral y todos aquellos gastos médicos y farmacéuticos en que hayan incurrido antes de la muerte.⁷⁰

Como todos los gastos son originados en tratamientos médicos, hospitalarios, transporte especial y de atención especial 24h“ el reembolso de los gastos médicos y farmacéuticos no plantea dificultad alguna si el demandante los justifica”⁷¹. Podrá así demandar el “reembolso de los gastos ocasionados por tratamientos a los que deba someterse”⁷². En tal sentido, todos los tratamientos médicos y hospitalarios

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 202, cita 29.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 202, cita 30.

⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 200-203

⁷¹ HENAO. *Op. cit.*, p. 201, cita 26.

⁷² *Ibíd.*, p. 201, cita 27.

deberán ser indemnizados, tanto los que se hayan practicado, como aquellos que los médicos expertos estimen necesarios en la vida futura del menor.

Es casi como afirmar que el sistema deberá pagar por haber permitido, él mismo, la vida de alguien en condiciones especiales de incapacidad que no permiten una vida normal de autonomía y autodeterminación.

El juez deberá tener en cuenta “el valor de los gastos médicos que se han realizado y se deben realizar”⁷³, los costos de los tratamientos especiales que requiera el niño, los costos de un nutricionista en el evento de necesitar alimentación especial, los gastos que se originen del transporte para asistir a controles médicos, terapias y citas médicas.

En Colombia, la Corte Constitucional, por medio de las Sentencias T-841 de 2011 condenó a una EPS a i) pagar por el daño emergente y demás perjuicios causados por la negativa ilegítima a IVE, ii) brindar a la madre todo el tratamiento médico requerido con ocasión del nacimiento, referente a su salud tanto física como mental y iii) brindar toda la atención en salud al hijo. Otra sentencia similar fue la T-301 de 2016, en donde la Corte condenó a la EPS Saludcoop a: i) garantizar el tratamiento integral a un bebé con hidrocefalia: procedimientos, cirugías, medicamentos, transporte, pañales, alimentos necesarios para manejo de la enfermedad y todo lo adicional que ordenara el médico tratante, así nada de esto estuviera cubierto por el Plan Obligatorio de Salud y ii) autorizar y realizar de manera integral el tratamiento de tipo psicológico y psiquiátrico que requiriera la madre⁷⁴.

Ahora bien, la indemnización no se deberá limitar solo a los gastos médicos, toda vez que se deberá dejar a la persona afectada en una condición de vulnerabilidad

⁷³ *Ibíd.*, p. 202, cita 29.

⁷⁴ HUNTER y VEGA. *Op. cit.* p. 69

mínima en lo posible; es decir, que el juez deberá analizar la discapacidad física del menor en cada caso particular, para conceder todo aquello que requiera y así garantizar sus condiciones de existencia, como pueden ser una silla de ruedas, los gastos necesarios para adecuar su lugar de habitación a las condiciones de su incapacidad de requerirse⁷⁵ etc.⁷⁶ En el evento de necesitar viajar al exterior para efectuarle un tratamiento médico que ayude a mejorar su calidad de vida, se deberá cancelar los pasajes aéreos, inclusive en primera clase, dada la necesidad del espacio del niño con su respectivo acompañante.⁷⁷ Igualmente, los costos que se originan por asistir a un colegio especializado y los costos en que deben incurrir los padres para contratar una persona idónea que se encargue del cuidado del niño de por vida, entre otros, que representen unas erogaciones económicas permanentes para los padres, en aras de garantizar el máximo bienestar posible para su hijo.

En lo referente al daño patrimonial, el padre está totalmente legitimado a ser indemnizado por los gastos generados por la discapacidad y enfermedad del hijo, ya que el patrimonio del mismo se ve afectado, ya sea de forma individual o de forma conjunta con el de la madre para hacer frente a esos costes.⁷⁸

Se puede estimar entonces que, cualquiera que sea el daño, bien sea por privación del derecho a la IVE, o por la lesión al derecho de información de los padres, llegado el caso de que se dificulte la estimación monetaria que cubra los gastos presentes y futuros del daño emergente a indemnizar, es viable reemplazar la obligación resarcitoria de dar una determinada suma de dinero, por una obligación que consista en garantizar la prestación del tratamiento médico del hijo y del tratamiento

⁷⁵ HENAO. Op. cit. p. 203, cita 36.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 204, cita 37.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 204, cita 38.

⁷⁸ SORIA, Esther. La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Tercer trimestre. Año 2016. No. 59. p. 34.

psicológico a los padres, durante el tiempo que sea necesario en cada una de las modalidades.⁷⁹

El daño emergente en estos casos será tan diverso como las condiciones de discapacidad que pueda padecer el menor y deberán tenerse entonces en cuenta las implicaciones patrimoniales que demande durante toda su existencia. En este caso se trata de que el sistema de salud pague los gastos necesarios al mantenimiento de una persona que permitió nacer y de la cual su progenitora hubiera interrumpido su gestación, si hubiese sido informada oportunamente de las condiciones de incapacidad del mismo.

Es importante recalcar que todo daño que pretenda su indemnización deberá ser demostrado durante el proceso, con el fin de darle al juez todo el material probatorio pertinente para indemnizar integralmente a la víctima.

4.2.2 Lucro cesante

Es definido por el Código Civil en su artículo 1614 como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”, es decir, que se presenta, cuando a consecuencia del daño, un bien que debía ingresar al patrimonio de la víctima no ingresó ni ingresará.⁸⁰

La llegada de un recién nacido con malformaciones requiere de unas atenciones especiales y de una dedicación de tiempo casi que exclusiva para su cuidado. En la mayoría de los casos, los padres de familia, al no contar con las posibilidades

⁷⁹ HUNTER y VEGA. Op. cit. p. 70

⁸⁰ JARAMILLO y ZAKZUK. Op. cit. p. 16

económicas para contratar a personal especializado que se ocupe del cuidado de su hijo, opta porque uno de ellos, generalmente la madre, asuma las funciones de cuidador primario con su hijo.

El lucro cesante se presenta entonces en los casos en que el cuidador primario fuera empleado o desarrollara alguna actividad económica que le generara unos ingresos y, a la cual, ante el nuevo panorama, deba renunciar para poder asumir el cuidado de su hijo, situación que también afecta las finanzas del grupo familiar.

Por este motivo, deberá acreditar al juez la reducción o pérdida de sus ingresos cuando requiera dejar de trabajar para atender a su hijo enfermo, hipótesis en la cual la indemnización procede.⁸¹

Finalmente, el lucro cesante será un perjuicio indemnizable, cuando se determine el retiro del trabajo de alguno de los padres en pro de la atención que necesita el menor, o cualquier ingreso que no pueda ser atendido a causa de las necesidades del menor, y será el juez quien deberá analizarlo en cada caso concreto.

4.3 Daños extrapatrimoniales

También denominados como daños inmateriales aquellos que inciden en la “esfera extrapatrimonial” de la persona, la cual se divide en dos partes: una parte “social”, la cual se da por las relaciones de la persona con su ambiente, en donde entran aspectos como su honor, reputación, crédito, etc. Y otra parte “afectiva”, la cual comprende las afecciones íntimas, convicciones, creencias, sentimientos; es decir, todo lo que afecta al individuo psicológicamente.⁸²

⁸¹ HENAO. Op. cit., p. 223, cita 87.

⁸² LÓPEZ, Marcelo y TRIGO, Félix. Argentina. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo V. Cuantificación del daño. Edit. La ley. 2006 p. 110

Son daños cuya valoración económica no es simple, como sucede con los daños materiales, pues aspectos como la tranquilidad, la libertad, la honra, el buen nombre, la integridad personal, la vida, la intimidad, la familia, los afectos, etc.”⁸³ son, sin duda, aspectos esenciales en la vida una persona y otorgarles un precio por su pérdida o afectación no es tarea fácil.

El juez deberá en cada caso valorar las circunstancias particulares o, si es del caso, obedecer a las tarifas impuestas por la jurisprudencia o la ley de haber sido regulado. Estos no son taxativos y le corresponderá al juez en cada caso valorar y verificar la violación a los derechos de las personas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la *lex artis*.

A lo largo del tiempo, y por ser unos daños que no afectan el patrimonio, sino que perjudican directamente a la persona, su cuantificación y valoración se ha dificultado. Esta circunstancia ha llevado a que, en el caso de Colombia, sean establecidos por vía jurisprudencial (Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) unos topes máximos de indemnización por daños de esta naturaleza, los cuales deben ser tenidos en cuenta por los jueces y, de acuerdo con cada caso, fijar la cuantía del daño. ⁸⁴

Algunos autores consideran que en estos casos la forma de reparar es más bien una compensación que una indemnización, lo cual cobra sentido si se tiene en cuenta que al no poderse cuantificar monetariamente el dolor, lo que se busca no es dejar a la persona en las mismas condiciones en las que estaba cuando el daño

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá D.C., 18 de septiembre de 2009, M.P. William Namén Vargas. Citado por TAMAYO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II. 2007. Legis. p. 339

⁸⁴ LÓPEZ y TRIGO. Op. cit., p.21

aún no había tenido lugar, como ocurre con los daños patrimoniales, sino es más bien, disminuir la aflicción y hacer que el dolor por el acontecimiento sea más llevadero.

Cuando los padres de familia se enfrentan a la situación de tener un hijo con una malformación grave, los daños extrapatrimoniales, como ya se mencionó, serían los derivados del desconocimiento de la enfermedad del menor. En donde, más allá de que la decisión de los padres respecto del aborto fuera negativa, desconocer la existencia o gravedad de la enfermedad del niño los expone a situaciones de estrés, angustia y preocupación, para las cuales no estaban preparados. Esta solución ha sido empleada por el Tribunal Supremo Español y goza de una amplia aceptación en la doctrina⁸⁵ no solamente estos. Las afectaciones que puedan derivarse de esta situación a la vida de relación, a la vida familiar e incluso a la relación de pareja y a la planeación de la vida de familia (pues difícilmente una pareja en estas condiciones podría planear tener más hijos) son daños todos que pertenecen a esta esfera y son indemnizables.

Dentro de los daños extrapatrimoniales se pueden distinguir varias categorías, las cuales se referencian a continuación.

4.3.1 Daño moral

El daño moral es el “dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima del evento

⁸⁵ RONDÓN, Iván. La vida como daño antijurídico reparable: La responsabilidad del Estado en los casos wrongful Conception / birth / life. Tesis de Maestría en Derecho. Tunja. Universidad Nacional de Colombia, facultad de Derecho. Tunja. 2018. p. 124.

dañoso”⁸⁶ que afecta a la persona en su esfera más íntima, produciéndole sensaciones de angustia, tristeza, desolación, entre otros. La Corte Suprema de Justicia ha reconocido al daño moral como “los bienes de inmensurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses”⁸⁷.

Su carácter es entonces subjetivo, al afectar derechos inmateriales de la persona, los cuales, por esa misma naturaleza, no pueden ser reemplazados por otros, como en el caso de la vida, la integridad física y moral, el honor, la dignidad, la salud mental, etc., por lo que, en últimas, lo que se busca es tratar de reparar o mitigar aquel sufrimiento o dolor que está experimentando la víctima, como consecuencia del hecho dañoso.⁸⁸

El autor Ángel Yágüez, complementa esta idea de los sufrimientos, al calificar el daño moral como “una aflicción que sufren unos padres por un hijo gravemente enfermo, aquejado de una dolencia irremediable”.⁸⁹

En este aspecto, el tema que se viene tratando tiene un manejo especial, debido a que aquí el daño indemnizable es el perjuicio moral que sufren los padres por la privación de su facultad de interrumpir el embarazo, cuando no son informados oportunamente por el médico, quien no actúa diligentemente, con pericia o prudencia, y utilizando toda su competencia profesional en el diagnóstico prenatal.

⁸⁶ ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires, Argentina. Ed. Astrea. 2005. p. 254

⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 18 de septiembre de 2009, M.P.: William Namén Vargas.

⁸⁸ LÓPEZ y TRIGO. Op. cit., p.23

⁸⁹ YAGÜEZ, Ángel. Diagnósticos genéticos prenatales y Responsabilidad (Parte I) citado por SORIA, Esther. La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Tercer trimestre. Año 2016. No. 59. p. 37.

Mas no es indemnizable moralmente por el nacimiento del niño en sí, pues el nacimiento de un ser humano, así sean muy graves sus deficiencias nunca puede constituir un daño resarcible, ya que la vida en sí misma no puede ser considerada como un daño. Por ello, no son susceptibles de indemnización los perjuicios, psíquicos (hipotético impacto emocional) o económicos, que pueda experimentar la mujer que da a luz un hijo enfermo, como son las mayores cargas que, en este caso, conlleva la maternidad y, por ende, no se puede condenar a indemnizar un inexistente como el daño moral, consistente en el impacto psicológico por ser un discapacitado⁹⁰.

El daño moral tiene lugar siempre que la mujer no es informada de las deficiencias del feto, con independencia de cual hubiera sido su decisión, de haberlas conocido⁹¹. De igual manera, dentro del desconocimiento por falta de información, consecuencia de los diagnósticos prenatales erróneos, los progenitores sufren un daño moral por no haber podido prepararse psicológicamente o económicamente frente al nacimiento de un niño discapacitado.⁹²

Sin embargo, cuando los progenitores tienen conocimiento en el momento del parto del estado de salud del hijo, experimentan una serie de sentimientos en la esfera anímica del progenitor ante el falso negativo, identificando la angustia, incertidumbre, dolor y falta de preparación psicológica como daño moral. Así lo

⁹⁰ DEVERDA, José y CHAPARRO, Pedro. Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto. En: Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho. 2014. no. 17, pp. 276-294.

⁹¹ DEVERDA y CHAPARRO. Op. cit., p.293.

⁹² SORIA. Op. cit., p. 37

reconoce Galán Cortes al afirmar que “la falta de preparación psicológica de los padres debe ser indemnizable, por las consecuencias morales que supone”.⁹³

Hay tres tipos o formas de considerar el daño moral: 1. El daño moral entendido como el desazón, consternación y carga que acarrea la subsistencia del descendiente que sufre un padecimiento incurable, estado de frustración, ansiedad y depresión causado a los progenitores por el nacimiento de un hijo que creían sano. 2. Sentimiento de sorpresa, frustración, rechazo, malestar, pues si hubieran sido informados de forma correcta podrían haber optado por no concebir o por interrumpir el embarazo. 3. Estrés, trauma psicológico de los padres después del nacimiento por no haber recibido con antelación la información necesaria para proveer las exigencias del hijo.⁹⁴

En conclusión, el daño moral merece ser objeto de reparación para los padres, quienes han sufrido el daño, en tanto que al no informarle oportunamente el estado en que se encontraba el *nasciturus*, conllevó a la violación de los derechos de información, autodeterminación, dignidad humana, libertad reproductiva.

De acuerdo con lo anterior, el daño moral indemnizable consistiría en la privación del derecho que tenían los padres de la facultad de interrumpir el embarazo, al desazón, carga que acarrea la subsistencia del descendiente que sufre un padecimiento incurable, al estado de frustración, ansiedad y depresión causado a los progenitores por el nacimiento de un hijo que creían sano, así como a los sentimiento de sorpresa, frustración, rechazo, malestar, estrés, trauma psicológico

⁹³ GALÁN, J.C. “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”. Pág. 237, cit. nota. Citado por SORIA, Esther. La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Tercer trimestre. Año 2016. No. 59. p. 37.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 37.

de los padres después del nacimiento por no haber recibido con antelación la información necesaria para proveer las exigencias del hijo.

4.3.2 Pérdida de la oportunidad

Sobre la posibilidad de encontrarnos frente a la pérdida de una oportunidad, la doctrina ha generado diferentes posiciones, Giménez Díaz Picazo, manifiesta que “el único daño indemnizable en esta idea es precisamente la pérdida de oportunidad, traducida en arrebatar cualquier posibilidad de decisión a la madre del nasciturus enfermo”.⁹⁵

Vivas Tesón y N. Lenoir, entienden que la pérdida de oportunidad se da cuando los progenitores no pueden tomar la decisión voluntaria, tanto de someterse a la pruebas para conocer el estado del feto como para interrumpir el embarazo, tal y como lo entienden otros autores en la defensa del nexo de causalidad, dejando de lado la incertidumbre de la decisión que pueda tomar la madre en su momento y centrándose en la actuación de la misma, pues al someterse a las pruebas se puede conocer la salud del bebé y, en el plazo legamente fijado para ello, ejercer el derecho a abortar o continuar con el embarazo. La falta de información acertada provoca que el paciente sea incapaz de tomar una decisión coherente con sus principios, provocando una vulneración de la dignidad de las personas.⁹⁶

⁹⁵ DIAZ PICAZO, Giménez. “La posibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil” LA LEY Año XIX núm. 4562, 15 junio 1998. Citado por SORIA, Esther. La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Tercer trimestre. Año 2016. No. 59. p. 40.

⁹⁶ VIVAS TESÓN, “Responsabilidad médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis Jurisprudencial”, y, N. LENOIR, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países. Citados por SORIA, Esther. La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Tercer trimestre. Año 2016. No. 59. p. 39.

Martín Casals y Solé Feliú, aducen que “la única pérdida de oportunidad radica en el azar, elemento que no se encuentra en la figura de wrongful birth al mediar la voluntad de la madre, por lo que el daño en ningún caso puede verse afectado por la voluntad del paciente”⁹⁷. De este modo, el elemento principal de la pérdida de oportunidad es el azar o la suerte, requisitos que no encontramos en la acción ejercitada, ya que se encuentra en la voluntad de la madre el tomar una decisión interna de continuar con el embarazo o interrumpirlo⁹⁸.

Luis Felipe Giraldo afirma que para que la pérdida de una oportunidad sea indemnizable, es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1. La aleatoriedad del resultado esperado, 2. La situación potencialmente apta para conseguir lo que se buscaba, 3. La imposibilidad definitiva de obtener la ventaja y 4. Relación de causalidad.⁹⁹

En estos eventos se puede concluir que no se cumple el primer requisito para que se configure la pérdida de la oportunidad, considerando que es indispensable, que el resultado esperado dependa del azar, por cuanto los padres no están buscando obtener un beneficio o una ventaja, sino evitar sufrir un daño que consiste en no tener un hijo con una incapacidad y evitar los sufrimientos y gastos que dicha situación a futuro puede llegar a generarles. Pero esta posibilidad de escapar de ese perjuicio, no depende del azar, sino que está sujeta única y exclusivamente a

⁹⁷ MARTIN CASALS y SOLÉ FELIÚ- Comentario a la sentencia de Tribunal Supremo de 7 junio de 2002. Citados por SORIA, Esther. La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Tercer trimestre. Año 2016. No. 59. p. 39.

⁹⁸ ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ, el concepto de wrongful birth y su inherente problemática Una polémica del pasado y del presente. Citados por SORIA, Esther. La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Tercer trimestre. Año 2016. No. 59. p. 39.

⁹⁹ GIRALDO. Op. cit., pp. 55-75

la información proporcionada por el médico y voluntad de los progenitores, que son los legitimados para decidir por el aborto en caso de ser informados sobre las malformaciones del feto.¹⁰⁰

Por su parte, Andrea Macía define que en este tipo de casos, no puede hablarse de un daño por pérdida de la oportunidad, por cuanto no se cumple con el requisito de la aleatoriedad del resultado, toda vez que es la decisión del sujeto lo que estaría en juego, y este podrá decidir positiva o negativamente, lo que demuestra que no se trata de una situación aleatoria, sino, por el contrario, de un derecho claramente existente, cuyo ejercicio depende de la voluntad de una de las partes.¹⁰¹

Ahora bien, al analizar el requisito referido a la existencia de una situación potencialmente apta para aspirar a conseguir lo que se buscaba, tampoco se cumple, toda vez que los padres, no se encontraban en una situación apta e idónea para poder evitar ese resultado negativo, pues aun habiendo tenido la información del estado de su hijo, este de igual forma habría podido nacer con malformaciones.¹⁰²

El Consejo de Estado ha manifestado que para verificar si es posible indemnizar el daño por pérdida de la oportunidad, se debe siempre determinar si la chance? se había puesto en movimiento o no¹⁰³. Es decir, que quien alega haberse visto privado

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 209.

¹⁰¹ MACÍA, Andrea. La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales, cit., p 366. Citada por GIRALDO, Luis. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. Primera Edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2011. p. 210

¹⁰² GIRALDO. *Op. cit.*, p. 212

¹⁰³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, C.P.: FREDY IBARRA MARTINEZ, exp. 16.334. Citado por GIRALDO, Luis. La

de la posibilidad de acceder a un beneficio o evitar una pérdida, no podrá ser indemnizado, toda vez que no contar con la información correcta, simplemente impide a los progenitores pensar si es conveniente o no optar por ejercer su derecho a interrumpir el embarazo. En tal sentido, nos encontramos en presencia de una posibilidad de obtener lo que quería, mas no de obtener una ventaja o detrimento.¹⁰⁴

Se puede concluir que, a pesar de existir un error de diagnóstico y una violación al derecho de información de los padres, no se constituye un daño por pérdida de la oportunidad, toda vez que su elemento principal, el azar, no se configura, ya que está en la voluntad de los padres tomar la decisión de continuar con el embarazo o interrumpirlo.

La afirmación de la responsabilidad del profesional sanitario frente a los progenitores es ciertamente posible pero solo respecto de los daños ocasionados por la privación de la facultad de abortar o de la libertad de procreación.¹⁰⁵

4.3.3 Daño a la vida de relación

Este daño es entendido como la afectación de la capacidad de los padres de familia de relacionarse normalmente con las demás personas y con las situaciones, debido al impacto ocasionado por el hecho dañoso. En Colombia, inicialmente el Consejo de Estado reconoció este daño como “perjuicio fisiológico”; luego como “alteración a las condiciones de existencia”. Sin embargo, posteriormente, la misma entidad dio un giro en su apreciación acerca del manejo a los perjuicios inmateriales y lo incluyó

pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. Primera Edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2011. p. 211

¹⁰⁴ GIRALDO. Op. cit., pp. 211-212

¹⁰⁵ MACÍA, Andrea. Barranquilla, Colombia. La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life. *Revista de Derecho*. No 27. 2007. p.38

dentro del daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), por lo que la denominación de “daño a la vida de relación en la jurisdicción contencioso-administrativa desapareció de los perjuicios extrapatrimoniales.

Un punto para resaltar es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado acerca del daño al proyecto de vida como la frustración de las expectativas de realización personal que afecta en forma sustancial la vida del individuo¹⁰⁶. Partiendo de este entendimiento del daño al proyecto de vida se podría considerar que “este cabría en la noción de daño a la vida de relación aceptada por la jurisprudencia colombiana” pues existe similitud “en el sentido de que se trata de un daño no patrimonial a la vida exterior...se trata de modificaciones al entorno objetivo de la víctima y de la relación de esta con aquel”¹⁰⁷

En línea con lo anterior, se podría considerar entonces, que el daño a la vida de relación puede reconocerse, en caso de Wrongful Birth en Colombia cuando, a pesar de que la malformación congénita habilita la interrupción voluntaria del embarazo, el error en el diagnóstico priva a la madre de ejercer ese derecho y esta privación repercute de manera negativa en el proyecto de vida de la gestante.¹⁰⁸

5 CONCLUSIONES

1. En Colombia se ha dado un importante avance en materia de salud sexual y reproductiva para la mujer a partir de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 66

¹⁰⁷ M'CAUSLAND, María. Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá. 2008. Universidad Externado de Colombia. p. 141

¹⁰⁸ HUNTER y VEGA. *Op. cit.* p. 66

Constitucional, mediante la cual se le da el respaldo jurídico al aborto como un derecho fundamental bajo las circunstancias especiales establecidas. Este avance en la legislación reivindica, de cierta manera, los derechos de las mujeres y les brinda la opción de decidir por interrumpir el embarazo cuando se enfrenten a cualquiera de los tres escenarios contemplados por la sentencia.

2. Es importante resaltar en el caso de los embarazos que, a pesar de todas las ayudas tecnológicas de diagnóstico que existen, estas no son cien por ciento confiables. Siempre existirá un margen de error de que ocurran “falsos negativos”; por lo tanto, al momento de definir la responsabilidad médica en caso de nacimientos de niños con malformaciones, deben tenerse en cuenta todas estas variables al momento de analizar cada caso en particular para identificar los antecedentes y definir la responsabilidad.

La legislación debe establecer unos parámetros claros que, como primera medida, creen un equilibrio y sienten las bases para, objetivamente, analizar todas las circunstancias que ocasionan desenlaces no satisfactorios.

3. Al analizar el daño en el contexto de la presente investigación, se logró determinar que este es de carácter indemnizable y se da, en primer lugar, por el error médico al informar oportunamente a los padres acerca de las malformaciones del feto, violándose así el derecho a la información y privando a los padres de poder optar por la IVE, que sería el otro derecho que se estaría vulnerando.

Ahora bien, este error médico genera para los padres unos daños patrimoniales y extrapatrimoniales que deben ser indemnizados, como quiera que se estaría CAUSANDO una violación de los derechos mencionados.

4. El nacimiento y la posterior manutención de un niño con malformaciones graves son situaciones complejas y costosas, por lo que está más que justificada la indemnización patrimonial tanto por daño emergente como por lucro cesante, pues los gastos médicos son recurrentes, así como la dedicación exclusiva que requiere el niño, situaciones que llevan a los padres a adoptar medidas que generalmente menoscaban la estabilidad financiera del núcleo familiar.

Daño	Daños que siempre se van a presentar	Daños que se van a presentar ocasionalmente
Daño Emergente	<ul style="list-style-type: none"> • Gastos médicos del embarazo. • Los gastos de la atención médica. • Cualquier otra atención especial que demande el hijo durante el breve lapso de supervivencia. • Los gastos de la atención psicológica o psiquiátrica que necesiten los padres. • Todos gastos originados en tratamientos médicos y hospitalarios, tanto los que se hayan practicado, como aquellos que los 	<ul style="list-style-type: none"> • Los gastos para adquirir una silla de ruedas. • Los gastos necesarios para adecuar la habitación para minusválidos físicos. • Los gastos en el evento de requerir una prótesis en el futuro. • Los gastos necesarios en el evento de necesitar viajar al exterior para efectuarle un tratamiento médico que ayude a mejorar su calidad de vida,

	<p>médicos expertos estimen necesarios en la vida futura del menor.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El valor de los gastos médicos que se han realizado y se deben realizar. • Los costos de los tratamientos especiales que requiera el niño. • Los costos de un nutricionista en el evento de necesitar alimentación especial. • Los costos en que se deben incurrir los padres para contratar una persona idónea que se encargue del cuidado del niño de por vida. • Los gastos que se originen del transporte para asistir a controles médicos, terapias y citas médicas. 	<p>caso en cual se deberá cancelar los pasajes aéreos, inclusive en primera clase, dada la necesidad del espacio del niño con su respectivo acompañante.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los costos que se originan por asistir a un colegio especializado. • Los gastos que se ocasionan para adecuar el lugar de residencia del menor, para garantizarle una calidad de vida y bienestar. • Los gastos que se ocasionen para adecuar el vehículo en donde se debe transportar el hijo. • Entre otros, que representen unas erogaciones económicas
--	---	--

		<p>permanentes para los padres en aras de garantizar el máximo bienestar posible para su hijo.</p>
<p>Lucro cesante</p>		<ul style="list-style-type: none"> • Los gastos extraordinarios ocasionados por la atención especial que demanda el niño discapacitado, como mínimo, durante el lapso de su supervivencia, y tiempo durante el cual la madre deba retirarse de su trabajo habitual para atender a su hijo enfermo. • Si se llegara a presentar una incapacidad laboral de los padres que estuviera relacionada con la afectación psicológica , producto de la privación de recurrir a la IVE.

5. Un aspecto un poco más complejo de definir es la indemnización por los daños extrapatrimoniales, pues estos, al no ser tangibles dificultan una tasación económica. El daño moral que sufren los padres (dolor, angustia, problemas psicológicos, etc.), está plenamente justificado y amparado por la jurisprudencia y debe ser resarcido, pues es fruto de la vulneración de los derechos de la que fueron víctimas debido al error médico.
6. El daño a la vida de relación deberá ser objeto de indemnización, toda vez que se ha modificado el proyecto de vida de los padres, ya que tener a cargo un hijo con malformación congénita acarrea el cambio de las condiciones de vida normales en un hogar.
7. El proceso de seguimiento del embarazo y el parto en Colombia requiere mejoras en la parte de atención médica especializada, pues se delega mucha parte del seguimiento en médicos generales o enfermeras, cuando deberían estar en cabeza de ginecólogos y obstetras. En la parte del diagnóstico se debe procurar que se realicen mínimo tres ecografías durante el embarazo, pues estos exámenes son claves para poder detectar a tiempos las malformaciones del feto.

Estos cambios se lograrán mediante el establecimiento de políticas públicas de salud coherentes en donde se apueste más por la prevención de las enfermedades que por los tratamientos de las mismas, lo cual en últimas resulta más oneroso en términos económicos y en número de víctimas.

8. En línea con lo anterior, se hace necesario que el Congreso de la República establezca una legislación pertinente que aborde y regule el tema, así como ordenar los procedimientos y definir los tratamientos médicos que se deben realizar durante el embarazo, con el fin de hacer un seguimiento diligente y constante al *nasciturus*.

De otra parte, es muy importante que desde el sector público se establezcan fondos de apoyo y programas especiales para ayudar a la comunidad de familias en donde se han presentado nacimientos de niños con malformaciones. Estos programas de ayuda permitirían realizar acompañamiento psicosocial y apoyos económicos a las familias de escasos recursos, así como también descubrir las habilidades especiales que pueden llegar a desarrollar los niños, los cuales, con un acompañamiento especializado pueden llegar a potencializarlas y empezar a vivir la vida con un mayor propósito.

6 BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO-VICTORIA, F., 2012. Conceptos jurídicos básicos. *Revista Mexicana de Anestesiología. Opinión del Experto.*, vol. 35, no. 1, pp. 67-76.
- BUSDYGAN, D., 2013. *Sobre la despenalización del aborto*. Buenos Aires, Argentina: Editorial de la Universidad de la Plata.
- CARRO, F., 2013. *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria* [en línea]. La Coruña, España: Tesis de Doctorado. Universidad de la Coruña. Disponible en:
https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/11799/CarroGonzalez_FranciscoJavier_TD_2013_04de4.pdf?sequence=5&isAllowed=y.
- COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 1991. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.: República de Colombia. ISBN 2017000050018.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2006. *Sentencia C-355/06* [en línea]. Bogotá, Colombia: Relatoría. Corte Constitucional. Disponible en:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2009. *Sentencia T-388/09* [en línea]. Bogotá, Colombia: Relatoría. Corte Constitucional. Disponible en:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm>.

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2011. *Sentencia T-841/11* [en línea]. Bogotá, Colombia: Relatoría. Corte Constitucional. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-841-11.htm>.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2018. *Sentencia SU096/18* [en línea]. Bogotá, Colombia: Relatoría. Corte Constitucional. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL, 2009. *Sentencia del 24 de agosto de 2009. MP. William Namén Vargas* [en línea]. Bogotá, Colombia: Relatoría. Corte Suprema de Justicia. Disponible en: <http://ectil.org/ectil/getdoc/90c9fe2f-d5ef-4337-bc52-bd5db66b18df/Colombia-ruling-citing-PETL.aspx>.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL, 2017. *Sentencia SC7110-2017-00234* [en línea]. Bogotá, Colombia: s.n. Disponible en: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_a729501f2c6d4b4ab7e3b446a6d28924.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2009. *Sentencia del 18 de septiembre de 2009. MP. William Namén Vargas* [en línea]. Bogotá, Colombia: Relatoría. Corte Suprema de Justicia. Disponible en: https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_civil_e._no._2000131030052005-00406-01_de_2009.aspx#.
- COLOMBIA. EL CONGRESO DE COLOMBIA, 1981. *Ley 23 - Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial. No. 35711.
- COLOMBIA. EL CONGRESO DE COLOMBIA, 2011. *Ley 1438 - Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. [en línea]. Bogotá, Colombia: Diario Oficial. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html.
- COLOMBIA. EL CONGRESO DE COLOMBIA, 2015. *Ley 1751 - Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*

- [en línea]. Bogotá, Colombia: Diario Oficial. Disponible en: [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley 1751 de 2015.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley_1751_de_2015.pdf).
- COLOMBIA. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, 2006. *Decreto 4444 - Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva*. Bogotá, Colombia: s.n.
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, 2014. *Prevención del aborto inseguro en Colombia. Protocolo para el sector salud*. Bogotá, Colombia: s.n.
- COOK, R., ERDMAN, J. y DICKENS, B., 2016. *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- DEVERDA, J. y CHAPARRO, P., 2014. Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto. *Juris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, no. 17, pp. 276-294.
- GALÁN, V., 2019. Análisis de la evolución legal del ejercicio médico en Colombia. *DIXI. Universidad Cooperativa de Colombia*, vol. 21, no. 30, pp. 1-34.
- GALLO, M., 2016. Políticas públicas, salud materna y derechos fundamentales. *NOUS. Revista de Investigación Jurídica de Estudiantes*, vol. 7, no. 9, pp. 21-51.
- GHERSI, C., 1987. *Responsabilidad por prestación médico asistencial*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi. ISBN 9789509079700.
- GHERSI, C., WINGARTEN, C., IGLESIAS, A., FERRARI, G. y WISMAN, B., 1998. *La relación médico-paciente en la responsabilidad civil*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Sánchez.
- GIRALDO, L., 2011. *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- GONZÁLEZ, A. y CASTRO, L., 2017. *Barreras de acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia*. Bogotá, Colombia: La mesa por la vida y la salud de las mujeres.

- wrongful birth y wrongful life. *Revista de Derecho*, no. 27, pp. 1-38.
- MEIRELLES, J. y VELOSO, G., 1998. Error médico. *Iniciación a la Bioética – Parte IV – Bioética Clínica*. Brasilia, Brasil: Conselho Federal de Medicina, pp. 22.
- MOMBLANC, L. y MOMBLANC, Y., 2018. La responsabilidad penal médica. Tratamiento teórico doctrinal. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP*, no. 48, pp. 649-675.
- ONU, 1948. La Declaración Universal de Derechos Humanos. *Asamblea General de las Naciones Unidas* [en línea]. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.
- REGLERO, L. y BUSTO, J., 2014. *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid, España: Aranzadi Thomson Reuters. ISBN 978-84-9059-194-9.
- RODRÍGUEZ, R., 2015. Aborto eugenésico: actitud ante el diagnóstico de un feto malformado. *Dilemata* [en línea], no. 17, pp. 23-50. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4954381.pdf>.
- RONDÓN, I., 2018. *La vida como daño antijurídico reparable: La responsabilidad del Estado en los casos wrongful conception birth life*. Tunja, Colombia: Trabajo de Maestría en Derecho. Universidad Nacional de Colombia.
- RUIZ, W., 2004. La responsabilidad médica en Colombia. *Criterio Jurídico*, vol. 4, pp. 195-216.
- SÁNCHEZ, R., 2015. Convencionalidad del derecho de autodeterminación reproductiva de la mujer en el Estado mexicano. *Nueva Época*, no. 38, pp. 120-139.
- SANTOS, J., 2008. *Responsabilidad Civil. Tomo I*. Bogotá, Colombia: Temis. Pontificia Universidad Javeriana.
- SORIA, E., 2016. La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, no. 59, pp. 27-42.
- TAMAYO, J., 2007. *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*. Bogotá, Colombia: Legis.
- WOMEN'S LINK WORLDWIDE, 2009. Manual constitucional para la práctica de

IVE. Lineamientos constitucionales para el ejercicio del derecho al aborto en Colombia. [en línea]. Disponible en: [http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Lineamientos constitucionales Womens Link Worlwide \(2009\) Manual Constitucional IVE Colombia.pdf](http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Lineamientos%20constitucionales%20Womens%20Link%20Worlwide%20(2009)%20Manual%20Constitucional%20IVE%20Colombia.pdf).

ZANNONI, E., 2005. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.